



Warszawa, dnia

2022 r.

WICEPREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Mateusz Winiarz

DKZP.WKZ3.442.147.2021.JB
KND/162/21/DKZP

Pan

W odpowiedzi na pismo z dnia 4 kwietnia 2022 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych drogą elektroniczną w dniu 6 kwietnia 2022 r., znak: **ZP.270.2.2021**) zawierające zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej postępowań o udzielenie zamówienia w ramach zadania pn. „Budowa boiska do piłki plażowej w Kątach Wrocławskich”, przeprowadzonych przez Gminę Kąty Wrocławskie uprzejmie informuję, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „Prezes Urzędu”) podtrzymuje stanowisko dotyczące naruszenia art. 5b pkt 2 w związku z art. 32 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp2004”) a w konsekwencji – naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 22 marca 2022 r. przekazanej przy piśmie znak: DKZP.WKZ3.442.147.2021.JB.

W wyniku przeprowadzonej przez Prezesa Urzędu kontroli doraźnej stwierdzono naruszenie przepisów art. 5b pkt 2 w związku z art. 32 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez podział zamówienia na odrębne zamówienia w celu uniknięcia łącznego szacowania ich wartości i niestosowania przepisów ustawy Pzp2004 do ich udzielenia, a w konsekwencji – naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp2004 poprzez zaniechanie przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie zasady przejrzystości, a także zasady legalizmu, która wyklucza udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2022 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania wskazując, cyt.:

W odpowiedzi na informację o wyniku kontroli doraźnej z dnia 22 marca 2022 r. składam zastrzeżenia do wyniku kontroli. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Kontrolujących jakoby doszło

do podziału zamówienia w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający zgodnie z przepisami ustawy Pzp mógł jednym postępowaniem o udzielenie zamówienia objąć zamówienie na roboty budowlane i dostawy – do udzielenia zamówienia stosując przepisy dotyczące tego rodzaju zamówienia, który odpowiada jego głównemu przedmiotowi – art. 5d ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu „Budowa boiska do piłki plażowej w Kątach Wrocławskich” były to roboty budowlane, a zatem pod względem formalnoprawnym udzielenie zamówienia w jednej procedurze nie było nieprawidłowe. Ponieważ jednak cena najkorzystniejszej oferty znacząco przekroczyła kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia, Zamawiający – ze względów celowościowych rozważył możliwość udzielenia odrębnych zamówień (co również znajdowało podstawy prawne), a także zmianę zakresu rzeczowego zamówienia. W odniesieniu do dostaw objętych przedmiotem zamówienia wysokie ceny ofert mogły bowiem wskazywać, iż wykonawcy specjalizujący się w robotach budowlanych - jeśli pośredniczą również w części zamówienia obejmującej dostawę sprzętu - pobierają dodatkową marżę, co podnosi koszty wykonania zamówienia. Tym samym względy celowościowe i zasady gospodarowania środkami publicznymi stały się podstawą do decyzji o udzieleniu zamówienia na roboty budowlane i zamówienia na dostawy w ramach przedmiotowego zadania w odrębnych częściach. Zgodnie z art. 5d ustawy Prawo zamówień publicznych 1. Jeżeli na przedmiot zamówienia składają się zamówienia, do których mają zastosowanie różne przepisy ustawy, lub zamówienia, do których mają zastosowanie przepisy ustawy i zamówienia, do których tych przepisów nie stosuje się, a zamówienie to można podzielić, w szczególności ze względów technicznych, organizacyjnych, ekonomicznych lub celowościowych, zamawiający może udzielić:

- 1) odrębnych zamówień, stosując przepisy właściwe ze względu na cechy tych zamówień;
- 2) jednego zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w ust. 2.

Względy celowościowe - potwierdzone analizą cen ofert uzyskanych w przetargu wskazywały na zasadność udzielenia odrębnych zamówień w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego. Wyniki pierwszego postępowania wskazywały bowiem na to, że połączenie obu zamówień w jedno było nieuzasadnione ze względów celowościowych i mogło znacząco wpłynąć na podniesienie kosztów realizacji zamówienia. Przepisy w tym zakresie dają Zamawiającemu możliwość zastosowania różnych rozwiązań – właśnie posiłkując się względami celowościowymi.

W ocenie Zamawiającego założenie, że doszło do podziału zamówienia na części wynika z błędnej interpretacji struktury wcześniej wszczętego postępowania, gdzie Zamawiający zdecydował się na połączenie dwóch części w ramach jednego postępowania.

Odpowiadając na pytanie dotyczące zakresu obu zamówień tj. zamówienia pn. „Budowa boisk do piłki plażowej w Kątach Wrocławskich” (ogłoszenie o zamówieniu nr 524335-N-2019 z dnia 12 marca 2019 r.) oraz zamówienia udzielonego pozaustawowo – zakres był różny. Zamawiający – z uwagi na konieczność unieważnienia postępowania wszczętego 12 marca 2019 r. z uwagi na wysokie ceny złożonych ofert, przekraczające możliwości finansowe Zamawiającego - zmuszony był zrewidować zakres merytoryczny zamówienia, a w konsekwencji dokonać przeszacowania jego wartości po zmniejszeniu zakresu robót, co znalazło swój wyraz w nowym kosztorysie. Ograniczono m.in. zakres związany z koniecznością zapewnienia składowania i utylizacji, zmniejszono znacząco zakres nasadzeń wokół obiektu, wprowadzono zmiany technologiczne, skutkujące: zmniejszeniem wartości robót w zakresie obrzeży, wyłączono zakres związany z wykonaniem drenażu i nawierzchni z otoczków w stosunku do zakresu wynikającego z pierwotnej dokumentacji, a także usługi

konserwacji ławek. Tym samym zakres robót w zapytaniu ofertowym był znacznie ograniczony w stosunku do zakresu wynikającego z postępowania, co wpłynęło na wartość kosztorysu. Ograniczenie zakresu zamówienia i jego przeprojektowanie w stosunku do założeń pierwotnych wynikało z konieczności ograniczenia kosztów z uwagi na brak wystarczających środków po stronie Zamawiającego. Tym samym oba postępowania – o ile dotyczyły tego samego zadania w sensie budżetowym i merytorycznym - miały odmienny zakres przedmiotowy.

Nie sposób zgodzić się z zarzutem naruszenia art. 5b pkt 2 ustawy Pzp. Aby bowiem doszło do podziału zamówienia konieczne byłoby jednoznaczne wykazanie, że wyjściowo mieliśmy do czynienia z jednym zamówieniem. Aby móc w ogóle dokonywać oceny z takiej perspektywy konieczne jest ustalenie, że zachodzą następujące przesłanki:

- tożsamość przedmiotowa;
- tożsamość podmiotowa;
- tożsamość czasowa;

Żadne z w/w kryteriów nie zostało w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego spełnione. Nie budzi wątpliwości, iż krąg potencjalnych wykonawców zainteresowanych wykonywaniem robót budowlanych jest zupełnie inny niż krąg wykonawców, którzy mogą zrealizować dostawy wyposażenia. Z powyższych względów błędnym założeniem jest, że Zamawiający powinien założyć, że ma do czynienia z jednym zamówieniem udzielanym w częściach, a nie z dwoma odrębnymi zamówieniami.

Zgodnie z opinią UZP: „Dla ustalenia czy w danym przypadku mamy do czynienia z jednym zamówieniem, czy też z odrębnymi zamówieniami konieczna jest analiza okoliczności konkretnego przypadku. W tym celu należy posługiwać się takimi kryteriami jak podobieństwo przedmiotowe i funkcjonalne zamówienia (kryterium to powinno prowadzić do wyodrębnienia nie tylko zbliżonych przedmiotowo zamówień, ale także zamówień, które mimo braku przedmiotowego podobieństwa tworzą funkcjonalną całość), tożsamość czasowa zamówienia (możliwe udzielenie zamówienia w tym samym czasie, ewentualnie możliwość realizacji zamówienia w tym samym czasie) i możliwość wykonania zamówienia przez jednego wykonawcę. Innymi słowy konieczne jest ustalenie czy dany rodzaj zamówienia mógł być wykonany w tym samym czasie, przez tego samego wykonawcę. Z odrębnymi zamówieniami będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia ma inne przeznaczenie lub nie jest możliwym jego nabycie u tego samego wykonawcy (np. zakup mebli i sprzętu komputerowego). W przeciwnym wypadku, tzn. gdy udzielane zamówienia mają to samo przeznaczenie oraz dodatkowo istnieje możliwość ich uzyskania u jednego wykonawcy należy uznać, iż mamy do czynienia z jednym zamówieniem. Przy czym dla przyjęcia powyższej oceny nie ma istotnego znaczenia ustalenie źródeł finansowania danego zamówienia”.

Mając na uwadze powyższe wnoszę o zmianę treści wyniku kontroli.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu informuje, co następuje:

Stosownie do treści art. 610 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm., dalej: „ustawa Pzp”), od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo wniesienia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Należy zauważyć, że wskazany termin nie może zostać przedłużony przez Prezesa Urzędu, gdyż ustawodawca nie przewidział takiej możliwości. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 maja 2013 r. (sygn. akt KIO/KD/37/13).

W niniejszej sprawie objętej kontrolą Prezesa Urzędu Zamawiający został pouczone o przysługującym mu prawie zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Informacja o powyższym uprawnieniu została zawarta w Informacji o wyniku kontroli z dnia 22 marca 2022 r. oraz w przekazanym Zamawiającemu piśmie przewodnim do Informacji o wyniku kontroli z dnia 22 marca 2022 r.

Informacja o wyniku kontroli z dnia 22 marca 2022 r. została doręczona Zamawiającemu listem poleconym w dniu 25 marca 2022 r. Powyższe wynika z daty na stemplu Zamawiającego znajdującym się na potwierdzeniu odbioru, jak również z informacji zawartych na stronie internetowej Poczty Polskiej dla przesyłki zawierającej Informację o wyniku kontroli z dnia 22 marca 2022 r. (<https://emonitoring.poczta-polska.pl/?numer=>). W konsekwencji Zamawiający mógł wnieść umotywowane zastrzeżenia od wyniku kontroli doraźnej w nieprzekraczalnym terminie upływającym w dniu 1 kwietnia 2022 r. Tymczasem zastrzeżenia datowane na dzień 4 kwietnia 2022 r. zostały przekazane przez Zamawiającego drogą elektroniczną dnia 6 kwietnia 2022 r. (wpływ do Urzędu w dniu 6 kwietnia 2022 r.), jak również nadane drogą pocztową w dniu 7 kwietnia 2022 r. (wpływ do Urzędu w dniu 12 kwietnia 2022 r.). Oznacza to, że zastrzeżenia zostały wniesione po terminie, o którym mowa w art. 610 ust. 1 ustawy Pzp.

Obowiązujące przepisy ustawy Pzp przewidują jako warunek skuteczności zastrzeżeń wniesienie ich w ustawowym terminie. Brak zachowania przez Zamawiającego wskazanego wymogu skutkuje brakiem możliwości merytorycznego rozpoznania zarzutów przez Prezesa Urzędu. W konsekwencji zaś, w ocenie Prezesa Urzędu, dopuszczalne jest w tym zakresie rozstrzygnięcie zgłoszonych zastrzeżeń jedynie w sposób formalny i poddanie tego rozstrzygnięcia pod ocenę właściwego organu, tj. Krajowej Izby Odwoławczej.

Reasumując, z przyczyn formalnych nie uwzględniam zastrzeżeń Zamawiającego z dnia 4 kwietnia 2022 r. od wyniku kontroli z dnia 22 marca 2022 r., ponieważ wniesione zostały po terminie, o którym mowa w art. 610 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza uchwałą z dnia 29 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 16/22) wyraziła opinię, iż zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące naruszeń wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie ze względów formalnych. Zgodnie z art. 610 ust. 4 ustawy Pzp opinia Izby jest wiążąca dla Prezesa Urzędu.

W związku z powyższym, na podstawie art. 610 ust. 5 ustawy Pzp Prezes Urzędu uprzejmie informuje, że Prezes Urzędu ostatecznie nie uwzględnia zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej postępowań o udzielenie zamówienia w ramach zadania pn. „Budowa boiska do piłki plażowej w Kątach Wrocławskich”.

Jednocześnie w załączeniu przekazuję odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 16/22).

Załącznik:

1. odpis uchwały Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2022 r. (sygn. akt KIO/KD 16/22).